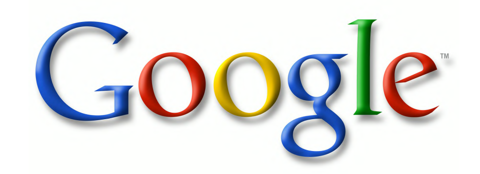
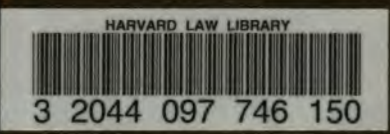




Exegese

über

L. 28 D. De vulg. et pup. subst. 28,6

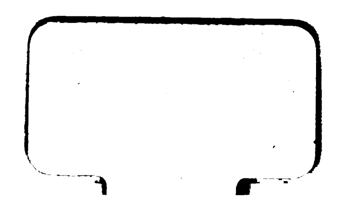
von

Dr. jur. Oscar Sarling.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



~~GERMANY~~

Exegese

über

L. 28 D. De vulg. et pup. subst, 28,6

als Beispiel für

Studierende und Prüfungskandidaten.

Von

Dr. jur. Oscar Harling.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme.)
1903.

Inhalt.

Seite

Text 5

Übersetzung 6

Erläuterung 8

A. Einleitende Bemerkungen.

§ 1. 8

B. Die zu Grunde liegenden Rechtsinstitute.

§ 2. Die lex Cornelia 9

§ 3. Die Pupillarsubstitution 11

C. Kurze und übersichtliche Zusammenfassung des Inhalts der Stelle.

§ 4. 13

D. Ausführliche Erklärung und Begründung.

I. Der allgemeine Rechtssatz (erster Satz der Stelle).

§ 5. 15

II. Die Anwendung des allgemeinen Rechtssatzes auf einzelne Fälle.

a) Erster Fall (zweiter Satz der Stelle).

§ 6. 17

b) Zweiter Fall (dritter Satz der Stelle bis ad substitutos pertinere).

§ 7. 31

Seite
c) Dritter Fall (dritter Satz der Stelle, zweite Hälfte).
§ 8. 36
III. Der Schlußsatz der Stelle.
§ 9. 38
E. Anwendbarkeit der Stelle im neueren gemeinen Rechte.
§ 10. 41
Literatur 42

Text.

(Nach der Florentina.)

Iulianus libro sexagesimo secundo digestorum:

Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent.

Quapropter cum pater in hostium potestate decessit filio impubere relicto in civitate et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset. sed si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non commode dicitur hereditatem eius ex ea lege ad substitutos pertinere: si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat.

Quare etiam si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii ex lege Cornelia ad adgnatum proximum pertinet.

Übersetzung.

Julian im 62. Buche der Digesten:

Das Cornelische Gesetz, welches die Testamente derjenigen, die in Feindesgewalt gestorben sind, bestätigt, bezieht sich nicht nur auf die Erbschaft der Testamentserrichter selbst, sondern auf alle Erbschaften, welche irgend jemandem auf Grund des Testamentes jener hätten zukommen können, wenn sie nicht in Feindesgewalt geraten wären.

Wenn demgemäß der Vater in Feindesgewalt gestorben ist mit Hinterlassung eines unmündigen Sohnes innerhalb des Staatsgebietes und dieser vor Eintritt der Zeit der Mündigkeit gestorben ist, so kommt die Erbschaft dem Substituten gerade so zu, als wenn der Vater nicht in Feindesgewalt geraten wäre. Aber wenn der Vater innerhalb des Staatsgebietes, der unmündige Sohn bei den Feinden gestorben ist, so wird, wofern nur der Sohn erst nach dem Tode des Vaters in Feindesgewalt geraten ist, in nicht leicht zu begründender Weise gelehrt, daß seine Erbschaft auf Grund dieses Gesetzes den Substituten zukomme. Wenn jedoch der Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters in Feindesgewalt geraten ist, so erachte ich nicht, daß für das Cornelische Gesetz Raum sei, weil durch dasselbe nicht bewirkt wird, daß jemand, der kein Vermögen innerhalb des Staatsgebietes hinterlassen hat, Erben habe.

Deshalb kommt auch, wenn ein mündiger Sohn bei Lebzeiten des Vaters gefangen genommen worden und sodann nach dem innerhalb des Staatsgebietes erfolgten Tode des Vaters in Feindesgewalt verstorben ist, die Erbschaft des Vaters auf Grund des Gesetzes der zwölf Tafeln, nicht diejenige des Sohnes auf Grund des Cornelischen Gesetzes den nächsten Agnaten zu.

Erläuterung.

A. Einleitende Bemerkungen.

§ 1.

Die l. 28 cit. ist dem 90 Bücher starken Digestenwerke von Salvius Julianus entnommen. Dieser Jurist lebte im 2. Jahrhundert n. Chr. und gehörte als Schüler des Priscus Javolenus der Schule der Sabinianer an. Ihm wurde vom Kaiser Hadrian die schwierige Aufgabe der Kodifikation des honorarischen Rechtes übertragen, welche er in der Gestalt des sog. Edictum perpetuum gelöst und damit ein Werk geschaffen hat, das für die Rechtsentwicklung der nächsten Jahrhunderte wegweisend und bezüglich der Grundlehren auch maßgebend blieb. Im engen Anschlusse an diese Arbeit, sowohl rücksichtlich der Form wie des Inhaltes, aber mit Einbeziehung und Verschmelzung des Civilrechtes verfaßte er in gereiftem Alter sein großes Digestenwerk, das er erst unter Marc Aurel vollendete. Praktiker und Theoretiker zugleich, ist ihm, wie den meisten klassischen Juristen, eine Behandlungsweise des Stoffes eigentümlich, die man wohl am besten als eine dogmatisch-kasuistische bezeichnet und wofür gerade die vorliegende Stelle ein besonders typisches Beispiel darbietet. Ihr Thema läßt sich bestimmen als:

Die Einwirkung der lex Cornelia (de captivis) auf die, in den durch sie bestätigten Testamenten enthaltenen Pupillarsubstitutionen.

B. Die zu Grunde liegenden Rechtsinstitute.

§ 2. Die lex Cornelia.

Das italische Völkerrecht hatte die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft dahin entwickelt, daß dem Sieger die volle rechtliche Herrschaft über den intra praesidia sua gebrachten Gegner zufiel (Pomponius: l. 5 § 1 D. de capt. 49, 15), weshalb dann letzterer nicht mehr als Person, sondern als Sache erschien. Für die römische Rechtsauffassung erlitt dementsprechend der Bürger eine capitis deminutio maxima und verlor die Rechtsfähigkeit. Kehrte nun der Gefangene später in seine Heimat zurück, so gewährte ihm das ius postliminii, welches auf Gewohnheitsrecht und Staatsverträgen beruhte (Paulus: l. 19 pr. D. l. c.), den Wiedereintritt in fast (Bechmann: Ius postlim. S. 81) alle früheren Rechtsverhältnisse. Hierbei wurde die rechtliche Kontinuität durch die von den klassischen Juristen aufgestellte Fiktion erhalten, daß der Zurückgekehrte sich nie in Gefangenschaft befunden habe (§ 5 I. q. m. i. p. s. 1,12, Pomponius: l. 5 § 1 D. l. c.). Starb dagegen der Bürger in Feindesgewalt, so bot das Gewohnheitsrecht keine Hilfe dar, wohl wegen der relativen Seltenheit dieser Fälle, weil die überwiegend siegreichen Römer leicht den Austausch ihrer gefangenen Krieger durchsetzen konnten.

Diese Lücke wurde durch eine lex Cornelia ausgefüllt, bezüglich deren zeitlichen Ursprung die Quellen keinen Aufschluß geben und die stets ohne weiteren, den Inhalt andeutenden Zusatz erwähnt wird. Doch dürfte in ihr ein

Stück der umfassenden Sullanischen Gesetzgebung erblickt werden müssen (Hase: Ius postlim. S. 192 f.), da zum Unterschiede von älteren Cornelischen Gesetzen auch die übrigen Teile derselben als leges Corneliae schlechthin bezeichnet werden, und die Erlassung also um das Jahr 80 v. Chr. anzusetzen sein. Es ist des weiteren streitig, ob man es hier mit einem selbständigen Gesetze zu tun hat, welches dann etwa de captivis benannt werden könnte, oder ob es sich um die lex Cornelia de falsis (testamentaria) handelt. Die zweite, ältere Meinung lehrte, daß dieses Gesetz das Unterschieben und Unterschlagen von Testamenten Kriegsgefangener ebenso bedroht habe wie die gleiche Handlungsweise bei den Testamenten der im Kampfe Gefallenen, indem fingiert wurde, daß der Tod im Augenblicke der Gefangennahme eintrat. Diese Fiktion sei dann von den klassischen Juristen auch auf Intestatfälle ausgedehnt worden. Die bezüglich dieses Punktes entscheidende Stelle aber, nämlich die l. 22 pr. D. de capt. 49, 15 von Julian, — worin es heißt: . . . idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura essent, si hi, de quorum h e r e d i t a t i b u s e t t u t e l i s constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent — läßt keinen Zweifel darüber bestehen, daß das Gesetz selbst sich sowohl auf die beiden Arten der Erbfolge als auch auf die vom Testator angeordneten Vormundschaften bezog, so daß seine Selbständigkeit angenommen werden muß.

Was den Inhalt dieses Cornelischen Gesetzes de captivis anbetrifft, so ging und geht wohl noch jetzt die herrschende Meinung dahin, daß die hierdurch in das Recht eingeführte Fiktion (fictio legis Corneliae) den Tod des in Feindesgewalt verstorbenen Bürgers als im Augenblicke der Gefangennahme eingetreten behandle (Hase: a. a. O. S. 192 f., 203 f.,

Mühlenbruch: Bd. 40 S. 452). Dagegen hat Bechmann (a. a. O. S. 85 f., 94 f.), unter Bezugnahme auf verschiedene Stellen, von denen außer der oben angeführten l. 22 pr. D. 49, 15 die l. 12 D. qui test. f. p. 28, 1 (Julian) und l. 4 § 1 D. de bon. lib. 38, 2 (Paulus) die wichtigsten sind, sich dahin ausgesprochen, daß das Gesetz hinsichtlich der vorher genannten beiden Institute, Erbfolge und Vormundschaft, nur den in der Gefangenschaft Verstorbenen dem Bürger gleichstelle, und daß erst die spätere klassische Jurisprudenz die Fiktion betreffs des Zeitpunktes des Todes hinzugefügt habe.

Der Verfasser schließt sich auf Grund des Gewichtes jener Fragmente, neben welchen noch die von Bechmann nicht erwähnte l. 1 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2 (Paulus) Beachtung verdient, dieser Auffassung an und gedenkt im weiteren Verlaufe seiner Darstellung die hohe Bedeutung der hier behandelten l. 28 D. 28, 6 für die Lösung dieser Frage klarzulegen, besonders soweit es sich um den Standpunkt der früheren klassischen Jurisprudenz handelt.

§ 3. Die Pupillarsubstitution.

Unter Substitution, in den Quellen substitutio vulgaris genannt, ist zu verstehen die testamentarische Einsetzung eines zweiten Erben unter der Suspensivbedingung, daß der zuerst Eingesetzte nicht Erbe wird (pr. I. de vulg. subst. 2, 15). Diese Art der letztwilligen Bestimmung steht grundsätzlich jedem Erblasser frei. Dagegen ist die Errichtung einer substitutio pupillaris nur dem Gewalthaber gegenüber dem der sog. testamentifactio activa entbehrenden, d. h. weniger als 14 bez. 12 Jahre alten, unmittelbar seiner Gewalt Unterworfenen gestattet (Ulpian: l. 2 pr. D. h. t. 28, 6 i. V. m. § 6 I. de test. ord. 2, 10). Den natürlichen Verhältnissen

entspricht es, daß der Gewaltherr den Abhängigen primo loco zu seinem eigenen Erben einsetzt (pr. I. h. t. 2, 16), den Pupillarsubstituten secundo gradu. Aber im Unterschiede von der gewöhnlichen Substitution empfängt in diesem Falle der Pupillarsubstitut nicht nur den Nachlaß des Gewalthabers, soweit er dem Gewaltunterworfenen zufiel, sondern auch das von letzterem hinterlassene eigene Vermögen (Ulpian: l. 10 § 5 D. h. t.).

Wenn aber auch die Einsetzung des Pupillen primo loco der natürliche und, wofern nicht das Gegenteil ausdrücklich hervorgehoben wird, regelmäßig zu präsumierende Fall ist, so hängt doch die Wirksamkeit der Pupillarsubstitution keineswegs von dieser Voraussetzung ab; vielmehr steht es dem Testator sogar frei, den Abhängigen zu enterben (Modestin: l. 1 § 2 D. h. t.). Unter diesen Umständen kann freilich von einer echten Substitution keine Rede mehr sein, sondern es liegt dann ein Testament für einen anderen vor. Und auch wenn der Gewaltunterworfene zum Erben primo gradu eingesetzt worden war, die Erbschaft ipso iure erwarb, aber kein weiteres eigenes Vermögen bis zum Tode gewann, so daß dem Substituten nur das vom Gewalthaber hinterlassene Vermögen zufiel, ist er nicht Erbe dieses, sondern des Hausabhängigen (Ulpian: l. 2 pr. D. h. t.). Es kann demnach eine echte Substitution in der pupillarischen enthalten sein, notwendig jedoch ist das keineswegs. Indem aber das römische Recht von dem Gedanken ausging, daß jemand, der einem Dritten das Vermögen seines Hauskindes zuwendet, demselben auch sein eigenes gönnen wird und umgekehrt, ist es zu der Präsumtion gelangt, daß im Zweifel in der Pupillarsubstitution eine vulgare enthalten sei und desgleichen in der letzteren die erstere. (Modestin berichtet in l. 4 pr. D. h. t. über ein hierauf sich beziehendes Reskript der Divi fratres.)

Es stehen also zwei Auffassungen des Wesens der Pupillarsubstitution in den Quellen einander gegenüber, von denen diejenige, welche in dem Rechtsgebilde eine Abart der echten Substitution sieht, schon mit Rücksicht auf den sprachlichen Ausdruck die ältere sein dürfte (vgl. Windscheid: Pandekten Bd. III § 558 Anm. 8). Welcher von beiden Anschauungen die l. 28 D. 28, 6 zuneigt, wird später klar werden.

War der Gewalthaber, der in wirksamer Weise einen Pupillarsubstituten ernennen wollte, nun nicht gezwungen, den Unterworfenen zum Erben einzusetzen, so doch irgend jemanden (Modestin: l. 1 § 3 D. h. t.). Überhaupt ist, formell betrachtet, diese Verfügung ein Teil des Testamentes des Gewalthabers (Ulpian: l. 2 § 4 D. h. t.), sollte sie auch in einem besonderen Schriftstücke, das im übrigen allen Erfordernissen eines Testamentes entsprechen muß (Pomponius: l. 16 § 1 D. h. t.), errichtet sein. Dies geht schon aus der, im gemeinen Rechte allerdings nicht mehr geltenden Bestimmung hervor, daß alsdann die Erbeinsetzung für den Testator selbst voranzustehen hat. (Ulpian: l. c.). Daraus ergibt sich ferner, daß die Gültigkeit der Erbeinsetzung und damit diejenige des eigentlichen Testamentes des Gewalthabers maßgebend ist für die Wirksamkeit der Pupillarsubstitution (Ulpian: l. 10 § 4 D. h. t.).

C. Kurze und übersichtliche Zusammenfassung des Inhaltes der Stelle.

§ 4.

Das Fragment zerfällt inhaltlich in drei Abschnitte:

I. Lex Cornelia — non pervenissent.

Der allgemeine Rechtssatz: Wenn ein ungültig ge-

wordenes Testament kraft fictio legis Corneliae bei Bestand erhalten wird, so gilt das Gleiche betreffs der darin errichteten Pupillarsubstitution.

II. Quapropter — heredes habeat.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf einzelne Fälle:

1 Quapropter — non pervenisset. Der Vater stirbt in der Gefangenschaft mit Hinterlassung eines Pupillen im Staatsgebiete, der vor erreichter Mündigkeit mit Tode abgeht: — Die Pupillarsubstitution bleibt gültig.

2. Sed si — ad substitutos pertinere. Der unmündige Sohn stirbt in der Gefangenschaft, in die er erst **nach** dem innerhalb des Staatsgebietes erfolgten Tode des Vaters geriet: — Die Pupillarsubstitution bleibt gültig.

3. Si vero — heredes habeat. Der unmündige Sohn stirbt in der Gefangenschaft, in die er schon **vor** dem innerhalb des Staatsgebietes erfolgten Tode des Vaters geriet: — Die Pupillarsubstitution ist ungültig, weil der Sohn kein Vermögen im Staatsgebiete hinterließ und die lex Cornelia demgemäß keine Hilfe gewähren kann.

III. Quare — pertinet.

Vom gleichen Gesichtspunkte aus wird ein anderer Fall entschieden, welcher mit der Pupillarsubstitution in keinem weiteren Zusammenhange steht. Der mündige Sohn gerät in Gefangenschaft und stirbt darin **nach** dem innerhalb des Staatsgebietes eintretenden Tode des Vaters: — Der Nachlaß des letzteren unterliegt der Intestaterbfolge.

D. Ausführliche Erklärung und Begründung.

I. Der allgemeine Rechtssatz (erster Satz der Stelle).

§ 5.

Wenn Julian im Eingange des Fragmentes den Satz aufstellt, daß die lex Cornelia nicht nur Anwendung finde auf die Erbschaft der in Feindesgewalt Verstorbenen, insofern sie deren Testamente konfirmiere, sondern auch auf alle anderen Erbschaften, die zufolge einer in diesen Testamenten enthaltenen Bestimmung an Dritte gelangen, so ist damit — abgesehen von den sog. Quasipupillarsubstitutionen, welche hier nicht weiter berührt werden sollen — behauptet, daß auch die Pupillarsubstitution in einem derartigen Testamente mit demselben zugleich konvaleszіere. In dieser Allgemeinheit findet sich der Satz in den Digesten nicht wieder ausgesprochen ja er ist überhaupt nur richtig, wenn man den, von Julian offenbar subintelligierten Zusatz macht: soweit nicht andere Umstände, die mit den sonstigen Voraussetzungen der Pupillarsubstitution zusammenhängen, zu einem abweichenden Ergebnisse führen.

So mag man denn auf den ersten Blick hin das Befremden begreifen, welches Bechmann (a. a. O. S. 100) darüber empfindet, daß Julian jenen Satz ohne weitere Begründung an die Spitze seiner Ausführungen stellt und daraus die Entscheidung der einzelnen Fälle abzuleiten sucht. Unterstützt wird diese Anschauung noch dadurch, daß Papinian in der l. 10 D. de capt. 49, 15, welche dasselbe Thema behandelt, ausdrücklich bemerkt: legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam eius dumtaxat personam demon-

strasse, qui testamenti factionem habuisset. Der allgemeine Leitsatz erscheint mithin als das Ergebnis einer extensiven Interpretation des Gesetzes durch Julian, was auch in den Worten quae confirmat einerseits, pertinet anderseits von ihm selbst mittelbar eingeräumt wird. Doch verliert der erwähnte Umstand alles Auffällige, wenn man den Ausspruch Julians dahin auffaßt, daß er nur eine Schlußfolgerung aus dem Verhältnisse darstellen soll, in welchem Testament und Pupillarsubstitution zueinander stehen. Wie in § 3 ausgeführt wurde, ist letztere formell als Teil des ersteren zu betrachten, pars et sequela testamenti paterni; sie trägt also das rechtliche Schicksal des ersteren mit. Nun ist das Testament durch capitis deminutio maxima des Errichters irritum geworden und damit auch die Substitution fortgefallen. Konvaleszeiert es aber auf Grund der fictio legis Corneliae, so erlangt jeder seiner Bestandteile wieder Kraft. Eine so nahe liegende Argumentation bedurfte allerdings kaum einer besonderen Begründung.

In diesem Sinne ist der Anfangssatz der Stelle auch von den älteren Erklärern aufgefaßt worden, was besonders deutlich bei Cujacius (Op. tom. 3 col. 680) hervortritt. Mehr darf dann jedoch auch in ihm nicht gesucht werden als eine Lösung in rein formaler Beziehung. Erst bei Behandlung der einzelnen Fälle zieht Julian von den übrigen für die Gültigkeit der Pupillarsubstitution erheblichen Umständen noch einen in nähere Erwägung, nämlich das Erfordernis eines vom Pupillen in civitate hinterlassenen Vermögens. Daß auch die Kompilatoren diese Annahme geteilt haben dürften, geht aus dem Titel hervor, unter welchen sie das Fragment rubrizierten, während doch der Leitsatz eher die Einfügung in 49, 15 zu rechtfertigen schien.

II. Die Anwendung des allgemeinen Rechtssatzes auf einzelne Fälle.

a) Erster Fall (zweiter Satz der Stelle).

§ 6.

I. In den nunmehr folgenden Einzelfällen handelt Julian, der sprachlichen Kürze und Bequemlichkeit zuliebe, wie es auch hier geschehen soll, von einem pater und dessen filius. Natürlich passen seine Ausführungen, dem Begriffe der Pupillarsubstitution (§ 3) entsprechend, auf jeden Gewalthaber und den seiner Gewalt unmittelbar Unterworfenen.

II. Zunächst wird angenommen, daß der Vater in Gefangenschaft geriet und darin verstarb. Im Staatsgebiete ließ er einen, zur Zeit seines Todes noch unmündigen Sohn zurück, welcher vor Erreichung der Mündigkeit in civitate endigte. Julian stellt bei solcher Sachlage die Gültigkeit der Pupillarsubstitution als einfache Deduktion („quapropter“) aus dem allgemeinen Leitsatze hin. In der Tat ist ja der Gefangene als Testator anzusehen, sein ungültiges Testament wird infolge der fictio legis Corneliae konvaleszent und damit die in ihm enthaltene Substitutionsbestimmung. Von diesem Standpunkte aus betrachtet bedarf der Fall freilich keiner weiteren Untersuchung. Doch ist die gegebene Lösung bei Berücksichtigung der sonst in Frage kommenden Umstände keineswegs selbstverständlich. Denn mit der Gefangennahme erlitt der Vater eine capitis deminutio maxima, der Sohn wurde homo sui iuris und damit war eine andere Voraussetzung der Pupillarsubstitution weggefallen, nämlich daß die Gewalt des Testators bis zum Augenblicke seines wirklichen Todes gedauert habe. So schien es denn auch,

wie Papinian in der bereits erwähnten l. 10 D. 49, 15 berichtet, „quibusdam“ — den Prokulianern (s. S. 20) — richtiger, auf Grund jener Erwägungen die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution zu behaupten.

Die meisten Erklärer fertigen diese Meinung, mehr oder weniger verbrämt, mit dem Vorwurfe ab, daß die Gegner die fictio legis Corneliae einfach außer acht gelassen hätten. Denn indem dieselbe den Tod des Vaters auf den Zeitpunkt der Gefangennahme zurückbeziehe, sei der Sohn ja gar nicht vorher sui iuris geworden. Man bedenke aber doch, was dieser Vorwurf eigentlich besagen will. Ein allgemein bekanntes Rechtsgebilde soll von bedeutenden Fachmännern in einem Falle, wo dessen Anwendung überaus nahe lag, nicht in Rücksicht gezogen sein! Daß eine derartige Annahme hinter jeder anderen plausiblen Lösung zurücktreten muß, wird wohl nicht ernstlich bestritten werden.

Auch kann den Vertretern der Ungültigkeit der Substitution nicht der Umstand entgegen gehalten werden, auf welchen übrigens Hase selbst, der ihn vorbringt (a. a. O. S. 214), nur geringes Gewicht legt, daß nämlich mit dem bloßen Ereignisse der Gefangennahme des Vaters der Sohn „vorläufig gar nicht ohne weiteres vollkommen der väterlichen Gewalt enthoben wurde“. Denn die hiermit gemeinte, auf das ius postliminii begründete spes revertendi verlor ja, sobald der Tod in Feindesgewalt wirklich eingetreten resp. bekannt geworden war, jede Bedeutung und nun konnte der bisherige Schwebezustand nicht wohl anders behandelt werden, als daß die väterliche Gewalt auch rechtlich mit der Gefangennahme für endgültig erloschen erachtet wurde. Im Einklange hiermit lehrt Julian in der l. 22 § 2 D. de capt. 49, 15: nam status hominum, quorum patres in hostium potestate

sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.

Nein, übersehen haben jene Juristen die Fiktion gewiß nicht, aber sie konnten trotz ihrer Anwendung zu keinem anderen Ergebnisse gelangen, weil diese Rechtsdichtung eben nicht den ihr von der herrschenden Meinung beigelegten Inhalt hatte. So ist gerade die Julians- in Verbindung mit der Papiniansstelle ein entscheidendes Beweisstück für die Richtigkelt der Bechmannschen Behauptung, daß die Rückziehung des Todes auf den Zeitpunkt der Gefangennahme den älteren klassischen Juristen noch unbekannt und demgemäß im Gesetze selbst nicht enthalten gewesen sei (vgl. S. 11).

III. Für den ursprünglichen Standpunkt liegen somit die Verhältnisse folgendermaßen: Durch die fictio legis Corneliae wird formell auch die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten als Teil des konfirmierten Testamentes; von der patria potestas ist aber in diesem Gesetze gar keine Rede, sie gilt demnach, sobald der Tod in der Gefangenschaft wirklich eingetreten ist, als mit der Gefangennahme erloschen Alle wesentlichen Voraussetzungen eines Institutes sind aber untereinander gleichwertig; fehlt auch nur eine von ihnen, so kann keine Rechtswirkung erfolgen. Hier mangelt die patria potestas im Augenblicke des natürlichen Todes, — also ist die Pupillarsubstitution nichtig.

Durch diese Untersuchung ist klar geworden, daß die von Papinian verworfene Meinung anfänglich die richtige war. Da nun Julian, der bedeutendste Sabinianer, die andere Ansicht vertritt, auch nirgends eine ältere Ableitung sich angegeben findet, der Ausdruck quibusdam videri endlich gut auf eine Schullehre paßt, so dürfte es sehr wohl angängig

sein, jene Auffassung den Prokulianern zuzuschreiben (schon angedeutet bei Retes in Meermans Thesaurus Bd. 6 S. 305). Dazu kommt noch, daß bei vielen, vielleicht den meisten Schulkontroversen die prokulianische Anschauung dem derzeitigen Standpunkte des Rechtes entsprach, die sabinianische dagegen auf eine Weiterentwicklung der rechtlichen Grundgedanken und Begriffe hinarbeitete und freilich gerade deshalb schließlich regelmäßig die herrschende wurde. So auch hier. Der Gesetzgeber hatte die Pupillarsubstitution nicht besonders ins Auge gefaßt, die Frage der Dauer der patria potestas demgemäß nicht geregelt. Aber der Geist des Gesetzes war doch von dem favor testamenti getragen und mithin der Pupillarsubstitution günstig. Den weiter und tiefer schauenden Sabinianern war dadurch die Aufgabe gestellt, zu erforschen, auf welche Weise der unausgesprochene rechtliche Grundgedanke im vorliegenden Falle verwirklicht werden könne.

Hierfür boten sich zwei Wege dar. Entweder man verlegte bei der Anwendung der lex Cornelia den Todestag auf den Zeitpunkt der Gefangennahme: dann hatte die Gewalt zweifellos erst mit ihrem Inhaber geendigt und die Pupillarsubstitution war gültig. Oder man bezog familienrechtlich die Wirkungen der Gefangennahme auf den Augenblick des tatsächlichen Todes: dann hatte die väterliche Gewalt fiktiv bis dahin bestanden und die Substitution blieb wiederum gültig.

Von diesen beiden Hilfsmitteln war jedoch das zweite das näher liegende. Hatte es ja, wie Gaius (Instit. I § 129) berichtet, von vornherein nicht an Zweifeln gefehlt, ob der Sohn wirklich schon mit dem Zeitpunkte der Gefangennahme oder erst mit demjenigen des in Feindesgewalt erfolgten Todes des Vaters sui iuris geworden sei, ohne daß aber hierüber eine echte Kontroverse sich ausbilden konnte („dubitari potest“).

Und wenn es sich darum handelte, entweder in ein Gesetz etwas hineinzulegen, was sein Urheber nicht darin aufgenommen wissen wollte, — denn sonst wäre die Pupillarsubstitution nicht vollständig unerwähnt geblieben, — oder ein Institut wissenschaftlich weiter zu entwickeln, insofern es gesetzlich nicht geregelt war, dürfte die Wahl den ersten, welche sich vor diese Alternative gestellt sahen, kaum schwer gefallen sein. Auch Julian, vielleicht er, der in so manchen Fragen seinen Zeitgenossen und Nachfolgern als Vorbild erschien, zuerst, schlug den zweiten Weg ein. Die oben angeführte l. 22 § 2 D. 49, 15 enthält demnach die naturgemäße und entschieden richtige Grundregel, welche aber für die Beerbung (möglicherweise zunächst nur für die testamentarische) dahin modifiziert wurde, daß die familienrechtlichen Verhältnisse in ihren Wirkungen als erst durch den Tod des Gewalthabers gelöst betrachtet werden sollen (vgl. Bechmann: a. a. O. S. 101).

Dennoch vermochte diese Konstruktion nicht immer den praktischen Bedürfnissen Genüge zu leisten. Es konnten nämlich in dem Zeitraume zwischen Gefangennahme und Tod sonstige Veränderungen sich ereignen, welche die Gültigkeit des Testamentes beeinflußten, ohne daß der testierunfähig gewordene Gefangene sie in ihren Folgen durch Neuerrichtung seiner letztwilligen Verfügung zu beseitigen imstande war (Bechmann: a. a. O. S. 90). Sollte also dem favor testamenti auch in materieller Hinsicht vollkommen Rechnung getragen werden, so blieb schließlich doch bloß der zunächst ungangbar erschienene Weg übrig. Ihn schlugen die späteren klassischen Juristen ein, Papinian selbst vorsichtig und bedachtsam, stets auf die jedesmalige Sachlage Rücksicht nehmend, sein Schüler Ulpian, als sich die Überlegenheit dieser Methode

herausgestellt hatte, generalisierend, bis er endlich (l. 18 D. de capt. 49, 15) zu dem Schlußsatze gelangte: in omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

Von diesem verbesserten Standpunkte aus ist dann freilich die Besiegung der alten prokulianischen Anschauung leicht geworden. Man versteht jetzt aber auch, was doch hätte Aufsehen erregen sollen, weshalb Papinian zwar die quidam erwähnt, die ihm gewiß genau bekannte Julianstelle hingegen nicht berührt. Erstere müssen bekämpft werden, weil sie zu einem, nach der späteren Auffassung unrichtigen Ergebnisse gelangt sind, welches in der Praxis noch immer Verwirrung anrichten könnte. Julian aber darf außer Betracht bleiben, denn seine für diesen Fall zwar zutreffende Lösung ist auf einem unter anderen Umständen irreführenden Wege erreicht worden und gerade das Erklärungsmittel will Papinian hier aus didaktischen Gründen besonders scharf hervorheben.

IV. Zwei Punkte bedürfen noch einer eingehenderen Untersuchung, die ihnen im folgenden zu teil werden soll.

1. Julian unterscheidet, wie beim vorangestellten Leitsatze, so auch im ersten Sonderfalle nicht, ob der Pupill primo loco im väterlichen Testamente eingesetzt oder enterbt worden ist. Allerdings darf im Zweifel die Institution präsumiert werden (vgl. S. 12) und die Glosse hat daher ohne weitere Begründung den Fall nur auf den filius institutus bezogen. Die späteren Erklärer aber, mit Ausnahme von Faber (s. S. 23 f.), nehmen übereinstimmend an, daß die Entscheidung auch bei Exheredation des Sohnes passen solle. Freilich kann das von ihnen vorgebrachte Argument, daß die Retrotraktivwirkung der Fiktion für beide Möglichkeiten zu demselben Ergebnisse führe, nach der hier vertretenen An-

schauung nicht in Rücksicht gezogen werden, da ja (S. 19) gelehrt wurde, daß diese Wirkung Julian noch unbekannt gewesen sei. Aber auch hinsichtlich des formalen Abhängigkeitsverhältnisses der Substitution vom Testamente, worauf die Stelle das Hauptgewicht legt (vgl. S. 16), hat der Umstand, ob der Sohn eingesetzt oder enterbt wurde, keine Bedeutung. Und selbst die andere Voraussetzung, welche im späteren Verlaufe der Darstellung gebührend gewürdigt werden wird, daß nämlich ein Vermögen des Sohnes im Staatsgebiete vorhanden sein muß, damit die Substitution überhaupt einen Inhalt hat, ist grundsätzlich erfüllt. Denn allein bezüglich der B e e r b u n g werden die Wirkungen der Aufhebung der patria potestas auf den Zeitpunkt des wirklichen Todes bezogen; e r w e r b e n dagegen kann der Sohn vom Augenblicke der Gefangennahme des Vaters an für sich wie ein homo sui iuris, als welcher er ja auch rechtlich gilt. Einzig dann also, wenn — was praktisch übrigens kaum denkbar ist — der Sohn zur Zeit seines Todes gar kein eigenes Vermögen besitzen würde, muß konsequenterweise die Pupillarsubstitution als gegenstandslos und mithin nichtig erscheinen.

Wie schon vorher erwähnt wurde, nimmt Faber eine ganz exzeptionelle Stellung zu dieser Frage ein. Seine Ausführungen (Coniectur. iur. civ. lib. 10 cap. 4) gehen im wesentlichen dahin:

α) Die vorliegende Stelle ergebe allerdings kein sicheres Resultat, wohl aber die l. 10 cit. D. 49, 15. Denn indem hier im principium, dessen Tatbestand bezüglich der übrigen Stücke genau dem ersten Falle Julians entspreche, nur von einem filius institutus, im § 1 der l. 10 hingegen, der den zweiten Fall (s. S. 14 und S. 32) Julians behandele, von

einem institutus vel exheredatus die Rede sei, solle dadurch angedeutet werden, daß bei Enterbung des Pupillen wenigstens Papinian die Pupillarsubstitution für ungültig angesehen habe.

Diese Verschiedenheit des Ausdruckes verdient in der Tat hohe Beachtung und das argumentum e contrario kann wohl allein durch die zur Satzkonstruktion gut passende Annahme entkräftet werden, daß die quidam, auf deren Zurückweisung Papinian besonderen Wert legt, nur den Fall der Institution des impubes als überhaupt einem Zweifel unterworfen in Behandlung zogen, so daß dadurch ihrem Bekämpfer der Tatbestand von vornherein aufgedrungen war.

Wenn aber Faber des weiteren in sachlicher Hinsicht meint, auch die Fiktion könne nichts daran ändern, daß in Wahrheit der Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters wegen dessen Gefangennahme sui iuris geworden sei und damit die Substitution in sich zusammenfalle, so ist von Hase (a. a. O. S. 216) hiergegen richtig betont worden, daß das Wesen einer Fiktion eben darin besteht, „an die Stelle des objektiv Wahren als das juristisch Wahre etwas anderes, vielleicht im einzelnen Falle geradezu Falsches zu setzen", was nunmehr allein rechtlich den Ausschlag gebe.

Übrigens scheint Faber selbst Ähnliches empfunden zu haben, denn er sucht die Substitution noch durch einen zweiten Grund zum Fall zu bringen. Die Fiktion solle nur dem captivus und dessen heres zu gute kommen; da jedoch der Sohn enterbt sei, dürfe sie überhaupt nicht angewendet werden.

Hierüber ist zu bemerken, daß einerseits der Substitut zugleich Institut sein kann, was bei Enterbung des Sohnes natürlich die Regel bilden wird, die Fiktion demnach dem heres captivi nützt, anderseits, selbst wenn der Vater einen

Dritten eingesetzt hatte, die Aufrechterhaltung der Substitution den Willen des Testators zur Geltung bringt und damit auch dessen Interessen dient.

β) Aber sogar wenn der Sohn primo loco eingesetzt wäre, sei die Gültigkeit der Substitution nicht ohne weiteres aus der Retrotraktion des Todes des Vaters abzuleiten. Die Fiktion habe nämlich bezweckt, dem Gefangenen unter allen Umständen einen Erben zu verschaffen. Das könne jedoch nur erreicht werden, wenn der Erbfall vom Wissen und Wollen des Erben nicht abhänge, so daß bloß bei solcher Sachlage die Fiktion überhaupt zur Anwendung gelangen dürfe. Da nun der instituierte filius familias civiliter allerdings ipso iure im Augenblicke des väterlichen Todes die Erbschaft erwerbe, so habe Papinian, wegen der Selbstverständlichkeit dieser Schlußfolgerung, den bei anders gearteten Fällen unbedingt erforderlichen Zusatz zur Fiktion weggelassen: „et filius ab eodem tempore patri heres fuisse videatur etiam invitus atque ignorans."

Diese Konjektur Fabers findet in den Quellen keine Stütze. Ihr letzter Grund dürfte auf der vorher gerügten Verkennung des wahren Wesens einer Fiktion beruhen.

2. Julian hebt bei dem ersten Einzelfalle nicht ausdrücklich hervor, ob der Tod des Sohnes demjenigen des Vaters nachfolgte oder voranging. Dem Verfasser zwingt jedoch sein Sprachgefühl, und zwar um so deutlicher je mehr er sich in den Stil Julians vertieft, die Überzeugung auf, daß der römische Jurist den Vater als vor dem Sohne verstorben angesehen wissen will. Auf diese Annahme ist demgemäß die bisher zur Darstellung gebrachte Lösung begründet. Immerhin soll, schon der Vollständigkeit der Untersuchung wegen, auch die andere Möglichkeit, daß nämlich der Tod des

Sohnes sich bereits bei Lebzeiten des Vaters ereignet hatte, einer sachlichen Prüfung unterworfen werden.

Es leuchtet ein, daß zunächst die alte prokulianische Auffassung zur Ungültigkeit der Substitution führen mußte. Denn da hiernach, wenn einmal wirklich der Tod des Vaters in Feindesmacht eingetreten war, die Gewalt als mit der Gefangennahme auch in ihren Wirkungen beseitigt behandelt wurde (vgl. S. 17 f.), so war der zu dieser Zeit in civitate befindliche Sohn noch bei Lebzeiten des Vaters sui iuris geworden und der Pupillarsubstitution fehlte eine ihrer wesentlichen Voraussetzungen.

Julian ließ nun zwar die Wirkungen der patria potestas fiktiv bis zum tatsächlich in der Gefangenschaft erfolgten Tode des Vaters fortdauern (vgl. S. 20 f.). Weil aber der Sohn vorher gestorben war, konnte von einer Gewalt des Vaters zur Zeit seines eigenen Todes überhaupt nicht die Rede sein und die Pupillarsubstitution mußte gleicherweise als ungültig erscheinen.

Was endlich den Standpunkt der späteren Rechtsentwicklung betrifft, so liegt hierfür ein direktes Quellenzeugnis vor in der l. 11 pr. D. de capt. 49, 15 von Papinian. Die auch sprachliche Schwierigkeiten darbietende Stelle, welche an diesem Orte natürlich nur so weit behandelt werden soll, als sie für die vorliegende Frage Bedeutung besitzt, lautet: Quod si filius ante moriatur in civitate, nihil est quod de secundis tabulis tractari possit, sive quoniam vivo patre filius familias mori intellegitur, sive quoniam non reverso eo exinde sui iuris videtur fuisse, ex quo pater hostium potitus est.

α) Alle neuer n Erklärer, auch Faber (Errores, dec. 33 err. 2), beziehen übereinstimmend das ante auf den Tod des

Vaters, was gleichfalls dem Verfasser richtig erscheint. Danach würde genau derjenige Tatbestand vorliegen, für welchen die Lösung gesucht wird.

Hingegen meint Sintenis in der deutschen Überſ tzung des Corpus iuris civilis, daß der Tod des Sohnes schon vor der Gefangennahme des Vaters eingetreten sei. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht wird aus den letzten Worten des Textes ohne weiteres klar, denn welchen Sinn hätte es dann, den Sohn vom Zeitpunkte an, wo der Vater in Feindesgewalt gerät, als sui iuris zu bezeichnen. Er ist aber beachtenswert, daß Accursius das Gleiche annahm. Auf den ersten Blick scheint nämlich bei der l. 11 cit. die von der Glosse sonst stets an die Spitze ihrer Noten gesetzte Darstellung des Casus zu fehlen. Dies rührt jedoch bloß daher, weil Accursius den Tatbestand der l. 10 und 11 zusammenzufassen versuchte, ganz als ob beide eine Einheit bildeten. Nebenbei bemerkt trifft das keineswegs zu, denn die l. 10 wurde von den Kompilatoren dem 29., die l. 11 dagegen dem 31. Buche von Papinians Quästionen entlehnt, so daß ein unmittelbarer Zusammenhang fehlt. Die l. 11 wird nun in der Glosse als dritter Fall des gemeinsamen Grundtatbestandes behandelt und vom filius behauptet: decessit . . . ante captivitatem patris. Freilich verkennt der Glossator, wie vor allem Note s kund tut, die Schwierigkeit nicht, die Endworte des principium mit seiner Auffassung des Falles zu vereinigen, läßt aber die so nahe liegende richtige Lösung außer acht und sucht sich vielmehr durch eine Textveränderung zu helfen, welche das Schlußargument Papinians geradeswegs in sein Gegenteil umwandelt. Es muß auffallen, daß diese Besonderheit von keinem der älteren oder neueren Erklärer hervorgehoben wurde.

β) Papinian selbst gibt nicht unmittelbar eine Ent-

scheidung des Falles. Zwar wollen die Glosse, die spanischen Kommentatoren (vgl. z. B. Meerman: Thes. Bd. VII S. 368 a. E.), Faber (Coniectur. i. c. lib. 10. cap. 6) und Retes (a. a. O. S. 306) die Worte nihil est quod de secundis tabulis tractari possit so auffassen, daß aus ihnen die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution zu entnehmen sei. Doch schließt sich dem allgemeinen Sprachgebrauche entschieden besser die Auslegung des Cujacius an, dem Papillon beistimmt (Otto: Thes. Bd IV S. 737), daß der Sinn jener Worte bedeute: „ubi res est certa, iusve certum, non esse tractationi, quaestioni aut disputationi locum“ (Op. tom. IV c. 1243).

γ) Auch sachlich gehen die Meinungen auseinander. Die Glosse, Faber, Retes und Bechmann verneinen, Cujacius, Mühlenbruch (Pand. Bd. XL S. 450) und Hase bejahen die Gültigkeit der Pupillarsubstitution. Von allem für diese Arbeit nebensächlichen Beiwerk abgesehen, stellen die verschiedenen Ausführungen sich folgendermaßen dar:

Die Glosse gibt, um zugleich einer abweichenden Lesart Genüge zu tun, zwei Gründe für die Ungültigkeit der Substitution an. Einerseits spreche die lex Cornelia, wie im § 1 der vorangehenden l. 10 erwähnt werde, überhaupt nicht von der Pupillarsubstitution, die Retrotraktion dürfe also gar nicht stattfinden, der Sohn sei demnach zur Zeit des Todes des Vaters nicht in dessen Gewalt gewesen und es fehle somit eine wesentliche Voraussetzung des Institutes. Hiergegen ist einfach zu bemerken, daß ja Papinian selbst gerade in der l. 10 die erweiternde Auslegung verteidigt. Anderseits könne, meint sie, die Fiktion logischerweise erst benutzt werden, nachdem der Vater verstorben wäre. Da aber der Sohn zu diesem Zeitpunkte gleichfalls nicht mehr am Leben ist, dürfe

er auch für die Fiktion nicht in Betracht kommen. Hierüber folgt unten das Nähere.

Was die Argumentationen Fabers anbetrifft, so basieren sie auf seinen schon früher (S. 23 f.) bekämpften Grundanschauungen über die Bedeutung einer Fiktion im allgemeinen und den Inhalt der lex Cornelia im besonderen. Für die Frage, wer Erbe des Gefangenen sein solle, müsse auf den Augenblick des Todes gesehen werden, obwohl natürlich wegen der Fiktion der Betreffende nur Erbe werden könne, wenn seine Berechtigung auch bereits zur Zeit der Gefangennahme bestanden habe. Da nun der Sohn vor dem Vater verstorben wäre, das Testament somit als destitut erscheine, dürfe die Fiktion zu Gunsten der testamentarischen Rechtsnachfolge überhaupt nicht zugelassen werden. Jedoch selbst wenn man sie zur Anwendung bringen wolle, sei auf Nichtigkeit der Pupillarsubstitution zu erkennen, denn „nunquam tamen efficere posses, ut filius impubes ante patrem re vera mortuus, post eum mortuus videretur“ (a. a. O.).

Besonders interessant ist die Auffassung von Retes. Er glaubt, Papinian beabsichtige hier die in l. 10 pr. vorgetragenen beiden Meinungen — das sind also nach der Ansicht des Verfassers die prokulianische und die spätklassische (vgl. S. 19—22) — nebeneinander zu stellen und rücksichtlich jeder von ihnen die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution darzutun. Daß die ältere Lehre in der Tat zu diesem Ergebnisse gelangen mußte, ist bereits oben (S. 26) klargelegt worden und bedarf daher an diesem Orte keiner Wiederholung. Daß aber auch die jüngere Anschauung hier mit jener übereingestimmt habe, sucht Retes unter Anlehnung an die Glosse auf folgende Weise zu begründen. Die Möglichkeit, daß der in Feindesgewalt am Leben gebliebene Vater

einmal zurückkehre, hätte insofern Einfluß ausgeübt, als das Kind mit dem Charakter eines Haussohnes verstorben gelten müsse, denn es sei nie bei Lebzeiten des Vaters vollständig aus dessen Gewalt befreit gewesen. Das Testament des Vaters könne nun, wenn es überhaupt wirksam sein solle, dies frühestens mit dessen natürlichem Tode werden. Für die Pupillarsubstitution hingegen, in ihrer Eigenschaft als Testament des Sohnes, komme der Zeitpunkt des natürlichen Todes des Sohnes entscheidend in Betracht. Anderseits aber bilde sie einen Teil des väterlichen Testamentes und erscheine demgemäß als nichtig, da beim Eintritte des Todes des vorverstorbenen Sohnes der letzte Wille des Vaters noch nicht wirksam sein dürfe. Den für diese Ausführungen wie auch für diejenigen der Glosse die eigentliche Grundlage bildenden Gedanken hat Bechmann (a. a. O. S. 103) dahin präzisiert, daß die Fiktion nicht im stande sei, die natürliche Reihenfolge der Todesfälle zu verändern (vgl. a. a. O. S. 91). Julian hätte also, selbst wenn er die Retrotraktivwirkung an sich schon angewandt haben würde, die Ungültigkeit der Substitution mit Rücksicht auf den zweiten, von ihm in die Untersuchung hineingezogenen Umstand (vgl. S. 16) behaupten müssen, weil nämlich der bei Lebzeiten des Vaters verstorbene Sohn kein Vermögen in civitate zu hinterlassen fähig gewesen wäre.

Alle diese Argumente sind jedoch von Hase (a. a. O. S. 220 i. V. 216) richtig mit dem Hinweise widerlegt worden, daß in ihnen die wahre Bedeutung einer Fiktion verkannt werde (vgl. S. 24). Natürlich kann letztere erst zur Anwendung gelangen, wenn tatsächlich der Tod des Vaters in Feindesgewalt erfolgt ist, doch führt die Fiktion dann dahin, daß alle aus dem Tode sich ergebenden Wir-

kungen . als schon im Augenblicke der Gefangennahme eingetreten behandelt werden. Bereits Cujacius hat dies deutlich erkannt und (Op. tom. I col. 312) zum Ausdrucke gebracht.

Abweichungen von dem vorgetragenen Prinzipe dürfen bloß in dem Falle zugelassen werden, wenn sie quellenmäßig nachgewiesen sind. Das ist aber insbesondere Bechmann für seinen Satz nicht gelungen, ja, wie es scheint, nicht einmal ernstlich von ihm versucht worden.

Hörte also gemäß der Grundregel die Gewalt des Vaters mit seinem fiktiven Tode, d. h. mit der Gefangennahme, auf, so war der instituierte Sohn ipso iure Erbe geworden und besaß demnach Vermögen in civitate. Sogar für den exheredierten Sohn war, da er seit jenem Ereignisse für sich selbst erwarb (vgl. S. 23), wenigstens die Möglichkeit des Besitzes eines solchen Vermögens vorhanden, die sich im justinianischen Rechte wegen der neu aufgenommenen bona adventicia noch verstärkte. Sollte freilich ausnahmsweise dem Sohne zur Zeit seines eigenen Todes jedes Vermögen fehlen und dieser Mangel durch die Fiktion nicht geheilt werden, so würde auch hier, aber nur aus diesem besonderen Grunde, die Pupillarsubstitution als gegenstandslos erscheinen. Die Anschauung von Cujacius, Mühlenbruch und Hase (vgl. S. 28) hat sich mithin im allgemeinen und grundsätzlich als zutreffend erwiesen.

b) Zweiter Fall (dritter Satz der Stelle bis ad substitutos pertinere).

§ 7.

I. Nach den vorausgegangenen ausführlichen Untersuchungen gestaltet sich die Lösung der von Julian weiterhin

angenommenen Einzelfälle verhältnismäßig einfach. War vordem auf den Einfluß des in der Gefangenschaft erfolgten Todes des Vaters gesehen worden, so geschieht dies nun in ähnlicher Weise mit Rücksicht auf den Tod des Sohnes.

Der zweite Tatbestand liegt folgendermaßen: Der Vater starb innerhalb des Staatsgebietes und hinterließ dort einen unmündigen Sohn. Dieser geriet später in Feindesgewalt und endigte als Gefangener.

Von den bisher geprüften beiden Gesichtspunkten aus betrachtet kann die Gültigkeit der Pupillarsubstitution gar keinem Zweifel unterworfen sein. Denn der Vater besaß bis zum Augenblicke seines Todes die Gewalt über den Pupillen und dieser wird normalerweise Vermögen im Staatsgebiete hinterlassen haben. Entweder war er nämlich instituiert und hatte dann die väterliche Erbschaft als civiler heres suus testamentarius beim Tode des Vaters ipso iure erworben, oder er war exherediert, konnte aber immerhin als homo sui iuris bis zur Gefangennahme für sich selbst erwerben und dieses eigene Vermögen fiel später dem Pupillarsubstituten zu, der auf Grund des unanfechtbaren väterlichen Testamentes sich zur Erbfolge meldete.

So erscheint es leicht begreiflich, daß derjenige Jurist, welcher die formale Natur der Ausführungen Julians besonders scharf erkannt hatte, Cujacius (vgl. S. 16), die Gültigkeit der Substitution als non incommode von dem Autor der Stelle gelehrt betrachtet und in dies m Sinne die Florentinische Lesart non commode verbessert (Op. tom. I col. 313). Aber es liegt doch ein Umstand vor, der zu Bedenken Anlaß geben kann, ja muß, und den auch Papinian im § 1 der wiederholt angeführten l. 10 D. de capt. 49, 15 berührt. Denn die lex Cornelia schwieg nicht nur voll-

ständig über die Pupillarsubstitution (vgl. S. 15 f.), sondern wollte überhaupt bloß dem aktiv Testierfähigen einen testamentarischen Erben verschaffen. Weil nun der Sohn in testierunfähigem Alter bei den Feinden verstorben ist, darf sich der Pupillarsubstitut in keiner Weise auf das Gesetz berufen und der Pupill hat nach der älteren Rechtsanschauung gar keine Erbschaft hinterlassen.

Papinian suchte auf folgendem Wege Abhilfe zu schaffen. Wäre der unmündige Gefangene ab intestato zu beerben gewesen, so hätte die Succession auf Grund der gewöhnlichen Regeln wie bei einem Freien stattgefunden, denn für diese Art der Erbfolge komme es auf Testierfähigkeit nicht an und die fictio legis Corneliae gelange zur Anwendung. Der mangelnde Wille des Verstorbenen werde hier mithin ersetzt durch denjenigen des Gesetzgebers („legis voluntatem"). Gestatte aber eine Rechtsvorschrift, was bei der Pupillarsubstitution tatsächlich zutreffe, daß in analoger Art der Wille des Gewalthabers schlechthin denjenigen des Unterworfenen vertrete, so dürfe eine benigna iuris interpretatio, wie sie der Prätor bekanntlich ausübe, dies auch in einem besonderen Falle zulassen, den das Gesetz überhaupt nicht in Betracht gezogen habe.

Dieser Gedanke liegt verhältnismäßig nahe, wenigstens dem Redaktor des prätorischen Ediktes gewiß nicht ferner als Papinian, zumal der Inhalt der lex Cornelia ihm zweifellos ebenso genau bekannt war. Julian hebt ihn aber nicht ausdrücklich hervor, weil er gerade nur auf zwei Punkte, die für alle von ihm ausgewählten Fälle Bedeutung haben, hinweisen will. Doch läßt sich die Argumentation Papinians auch bei Julian zwischen den Zeilen herauslesen und das „non commode" deutet außerdem darauf hin, daß, abgesehen von den sonstigen Schwierigkeiten, hier noch einer neuen zu

begegnen ist. Damit erhält dieses Wort die der Seltenheit seiner Anwendung entsprechende natürlichste und einfachste Erklärung. Eine ähnliche Motivierung ist bei Retes (a. a. O. S. 306) und Hase (a. a. O. S. 222 f.) zu finden, während die Glosse, Faber (a. a. O. cap. 5), Mühlenbruch (Bd. 40 S. 453 Anm. 91) und Bechmann (a. a. O. S. 100) sich für non incommode erklärt haben, und endlich die französischen (Otto: Bd. IV col. 737) und spanischen (Meerman: Thes. VII S. 370) Kommentatoren die Frage unentschieden lassen.

II. Es läßt sich bei genauerer Untersuchung nicht leugnen, daß die Analogie Papinians hart an eine petitio principii streift. Denn tatsächlich übersehen hat die lex Cornelia die Pupillarsubstitution wohl schwerlich. Wahrscheinlich, namentlich mit Rücksicht auf ihr relativ hohes Alter, dürfte anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber das Institut nicht regeln wollte, weil die beiden Auffassungen (vgl. S. 12 f.) über das Wesen desselben sich nach seiner Meinung noch nicht genügend geklärt hatten. Überdies war ja für die eine von ihnen, kraft welcher diese Substitution auch hinsichtlich ihres wahren rechtlichen Wesens eine testamentarische Verfügung des Gewalthabers darstellte, jeder Zweifel ausgeschlossen. Die andere freilich mußte, auf den vorliegenden Fall angewandt, die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution zur Folge haben. Indem nun Papinian den Prätor anweist, dem Substituten auch hier die Rechte eines Erben des Pupillen, aber nur utiliter, zu gewähren, bemüht er sich durch Ausgleichung der beiderseitigen Konstruktionsmängel eine Verschmelzung der divergierenden Anschauungen herbeizuführen, was um so erstrebenswerter erschien, als in der Tat auf beiden Seiten richtige Grundgedanken anzutreffen sind. Dasselbe Unternehmen liegt aber

bereits in dem non commode Julians angedeutet, wenn die oben (S. 33) gegebene Erklärung dieser Worte gebilligt wird. Allerdings hatte er eine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung wohl noch nicht dem Edictum perpetuum seiner Zeit eingefügt und erörtert deshalb in der l. 28 die Beschaffenheit der dem Substituten zu Gebote stehenden Klagen nicht näher.

Daß letztere aber in Wahrheit actiones utiles und zwar ficticiae sind und sich auf die lex Cornelia in ihrer erweiterten Auslegung stützen, etwa, wie Verf. glaubt, mit den Worten, si filius testamenti factionem habuisset ideoque legi Corneliae locum esset, entspricht den allgemeinen Grundsätzen der prätorischen Klagschemata. Als einem Gefühle dieser richtigen Lösung entsprungen dürfte schließlich auch der von Faber (a. a. O.) scharf angegriffene und sicherlich unhaltbare Satz des Cujacius: lege Cornelia inducuntur ficticiae actiones (Op. tom. 1 col. 313) seine Erklärung und mildere Beurteilung finden.

III. Es ist von Bechmann mit Recht als beweiskräftig dafür, daß Julian die Retrotraktivwirkung der Cornelischen Fiktion noch nicht kannte, hervorgehoben worden (a. a. O. S. 100), daß er die Frage, ob der Sohn als Unmündiger verstorben sei, nach dem Alter zur Zeit seines wirklichen Todes löst, indem er sagt: . . . decessit filius impubes apud hostes. Dieser Umstand kann hier um so weniger für zufällig gelten, da Papinian in der Parallelstelle bloß auf das Alter im Augenblicke der Gefangennahme Gewicht legt (si mortuo patre capiatur impubes . .), was ja von seinem Standpunkte aus ganz angemessen ist, weil dieser Zeitpunkt nach der späteren Auffassung als derjenige des fiktiven Todes behandelt wird. Ob hiernach der Sohn

als impubes oder pubes verstirbt, beeinflußt das Ergebnis in keiner Weise.

c) Dritter Fall (dritter Satz der Stelle, zweite Hälfte).

§ 8.

Der Tatbestand des dritten Falles läßt den unmündigen Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters in Gefangenschaft geraten und dort ums Leben kommen, während der Tod des Vaters im Staatsgebiete eintritt. Da nicht ausdrücklich bemerkt wird, wessen Tod sich tatsächlich zuerst ereignete, ist die Ansicht Julians offenbar die, daß für beide Möglichkeiten das Resultat das gleiche sein soll.

Geht man zunächst vom früheren Tode des Kindes aus, so müssen augenscheinlich sämtliche drei Auffassungen, die unter den klassischen Juristen Anhang fanden (vgl. S. 19 f.), zur Ungültigkeit der Pupillarsubstitution führen, weil unter keinen Umständen die Gewalt bis zum Tode des Vaters selbst bestanden hat und damit eine wesentliche Voraussetzung des Institutes mangelt.

Hingegen zeigt sich eine Verschiedenheit, sobald angenommen wird, daß der Vater früher im Staatsgebiete verstarb als der Sohn bei den Feinden. Allerdings nicht vom prokulianischen Standpunkte aus betrachtet, denn die Gewalt hat hiernach mit dem Augenblicke der Gefangennahme des Kindes, also vor dem natürlichen Tode des Vaters aufgehört. Wohl aber dauern nach der Meinung Julians (s. S. 21) trotz der Gefangennahme die Wirkungen der Gewalt fort und zwar bei der geschilderten Sachlage bis zum Tode des gefangenen Sohnes wie analogerweise in den früheren Fällen

bis zum Tode des in Feindesgewalt geratenen Vaters, soweit nicht andere Ereignisse, z. B. hier das frühere Ende des Gewalthabers die Folgerung modifizieren. Immerhin bleibt die Gewalt wenigstens bis zum Tode ihres Inhabers rechtlich bei Bestand. Da außerdem kraft der erweiterten Auslegung der lex Cornelia (vgl. S. 33) der Sohn als in civitate verstorben behandelt wird, ist, rein formell betrachtet, der Hauptregel entsprechend die Substitution für gültig zu erklären. Jedoch muß sie durch den zweiten Umstand, welchen Julian in Rücksicht zieht, zu Fall gebracht werden. Denn der fiktiv gewaltunterworfene Sohn war in dem Zeitraume vom Tode des Vaters bis zu seinem eigenen in feindlicher Gefangenschaft, mithin erwerbsunfähig gewesen. Dieser Mangel raubt ihm aber jede Möglichkeit, eigenes Vermögen innerhalb des Staates zu hinterlassen. Sogar die etwaige Institution im väterlichen Testamente nützt ihm als Erbunfähigen nichts, und aus seinem früheren Stande der Hauskindschaft her kann er nach dem Rechte des 2. Jahrhunderts n. Chr. bloß ein peculium castrense besitzen, was hier jedoch wiederum unmöglich ist, weil es nur von einem mündigen Haussohne erworben wird. Wegen dieses Grundes muß die Pupillarsubstitution, da also kein Objekt existiert, das durch sie dem Substituten übertragen werden könnte, als gegenstandslos und demgemäß nichtig erscheinen.

Im kaiserlichen Rechte ist zwar der Pekuliarbegriff zu Gunsten der Hauskinder in den Formen der bona quasi castrensia und adventicia weiter entwickelt worden und das Argument Julians verliert, falls ein solches Gut besteht, seine Kraft. Anderseits aber läßt die spätere Auffassung des Fiktionsinhaltes den Sohn als bereits im Augenblicke seiner Gefangennahme verstorben behandelt werden, so daß die Gewalt nicht bis zum Tode des Vaters

fortdauern konnte und schon mit Rücksicht auf diese Erwägung die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution behauptet werden muß.

III. Der Schlußsatz der Stelle.

§ 9.

I. Den bisher dargestellten Fällen fügt Julian zum Schlusse ein Beispiel an, welches, auch über den Begriff der Pupillarsubstitution hinaus, den Einfluß des Prinzipes, daß die Beerbung einer Person ein von derselben innerhalb des Staatsgebietes hinterlassenes Vermögen voraussetzt, auf die Anwendbarkeit der lex Cornelia beweisen soll. Es wird angenommen, daß ein mündiger Sohn bei Lebzeiten des Vaters in Gefangenschaft gerät, dann letzterer im Staate und endlich ersterer bei den Feinden verstirbt. Ein Testament des Gewalthabers liegt ebensowenig vor wie ein solches des Unterworfenen, der übrigens selbst als Mündiger nur über ein etwaiges peculium castrense, das hier als fehlend angesehen wird, hätte letztwillig verfügen dürfen.

Wie oben (S. 33) begründet wurde, ist die Ausdehnung der fictio legis Corneliae auf Hauskinder schon Julian bekannt gewesen, bloß daß er ihren Tod nicht auf den Zeitpunkt der Gefangennahme zurückbezog (vgl. S. 21). Der bei den Feinden verstorbene Sohn konnte also an sich gerade so beerbt werden, wie wenn er innerhalb des Staatsgebietes das Leben verloren hätte, falls nur dem Erfordernisse des von ihm in civitate zu hinterlassenden Vermögens genügt wäre. Aber das trifft regelmäßig nicht zu. Denn den Vater konnte der filius familias nicht beerben, weder ex testamento noch ab intestato, weil er seit seiner Gefangennahme erwerbs- und damit erbunfähig geworden war. Und von einem eigenen Vermögen ist im 2. Jahrhundert n. Chr. nur bezüglich des

peculium castrense die Rede. Ein solches kann jedoch nicht vorliegen, da der Sohn nicht ausdrücklich als miles bezeichnet wird, demnach paganus sein dürfte. Sollte freilich bei veränderter Sachlage kastrensisches Gut vorhanden sein, so müßte hierfür konsequenterweise der nächste Agnat als heres legitimus berufen werden.

Was geschieht nun mit dem im Staatsgebiete verbliebenen Nachlasse des Vaters? Weil der Sohn, wie eben bemerkt wurde, nicht in Betracht kommt, gelangt die Erbschaft, beim Fehlen eines anderen heres suus, nach dem Rechte der zwölf Tafeln an den proximus agnatus. Daneben mögen etwa vorhandene liberi die bonorum possessio intestati vom Prätor erbitten, was desgleichen im Falle der Ermangelung solcher der Agnat unter Berufung auf die Klasse unde legitimi tun darf, eine Möglichkeit, welche von dem Verfasser des Edictum perpetuum hier offenbar darum nicht berührt wird, weil das ganze Fragment die civile Erbfolge zur Grundlage nimmt.

Für das justinianische Recht bleibt dasselbe Ergebnis bestehen, bloß erscheint die Lösung durch den Umstand vereinfacht, daß wegen der jetzt durchgedrungenen Retrotraktivwirkung der Fiktion der Sohn als vor dem Vater, nämlich mit der Gefangennahme, verstorben gilt. Freilich ist nunmehr die Wahrscheinlichkeit eines eigenen Vermögens des Hauskindes im Hinblick auf bona quasi castrensia und adventicia größer. Sind derartige Güter vorhanden, so werden sie nach dem in der Gefangenschaft tatsächlich erfolgten Tode des Sohnes als mit dem Augenblicke seiner Gefangennahme, auf Grund von Novelle 118, den etwaigen Deszendenten oder sonst dem Vater deferiert behandelt. Gegenüber der unvermeidlichen Versäumung der Antrittserklärung seitens des Vaters dürfen

dann dessen Erben sich auf die transmissio ex capite in integrum restitutionis stützen.

II. Die hier vorgetragene Behandlung des Schlußsatzes der Stelle beruht auf der Lesart der Florentina pubes, welcher die Glosse, die spanische Schule („legimus“, Meerman: a. a. O. Bd. VII S. 370) und Bechmann (a. a. O. S. 101) zugestimmt haben. Dagegen ändert Cujacius (Op. t. I c. 313, III c. 680 f., IV c. 1244) das Wort in impubes um und ihm schließt sich ausdrücklich Hase (a. a. O. S. 223) sowie indirekt Retes (a. a. O. S. 307) an, während die Äußerungen von Faber und Mühlenbruch keine sichere Erkenntnis ihrer Stellung zu dieser Frage gestatten.

Durch die erwähnte Textveränderung erhält aber der Schluß ein vollständig verschiedenes Aussehen. Denn nun wird es möglich, in den beiden, mit si vero und quare beginnenden Sätzen einen einzigen Tatbestand zu erblicken, nämlich den im § 8 dieser Arbeit behandelten (vgl. S. 36).

So sehr jedoch bei einer solchen Annahme die Einheitlichkeit der Stelle gefördert wird, was wenigstens für Cujacius der entscheidende Umstand gewesen zu sein scheint, so außerordentlich mangelhaft stellt sich alsdann die stilistische Konstruktion und Ausdrucksweise Julians dar. Vor allem wird das etiam, welches in der ursprünglichen Lesart scharf den Unterschied zwischen diesem Falle und sämtlichen vorhergehenden rücksichtlich des wichtigen Punktes des Alters hervorhebt, ganz zwecklos und die teilweise Wiederholung derselben Tatbestandsmerkmale — vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit . . . filius vivo patre captus fuerit — ist gleich unschön wie unlateinisch. Dem Verfasser erschien es deshalb richtiger, auch abgesehen davon, daß Textkorrekturen nur in wirklichen Notfällen, wovon in der vorliegenden Stelle gar

keine Rede sein kann, erlaubt werden dürfen, die alte Lesart beizubehalten.

E. Anwendbarkeit der Stelle im neueren gemeinen Rechte.

§ 10.

Die Bedeutung des erläuterten Fragmentes liegt lediglich auf historischem Gebiete. Denn das neuere Völkerrecht hat die Stellung des Kriegsgefangenen wesentlich geändert und verbessert sowie die Sklaverei grundsätzlich beseitigt. Eine capitis deminutio maxima ist damit unmöglich geworden, so daß auch dem in Feindesgewalt Befindlichen die volle Rechtsfähigkeit gewahrt bleibt. Unter diesen Umständen jedoch erscheint die fictio legis Corneliae ihrem gesamten Inhalte nach als unbrauchbar, d. h. der Kriegsgefangene wird ebenso beerbt wie der Freie und der tatsächliche Zeitpunkt seines Todes fällt mit dem rechtlichen zusammen. Aber selbst der zweite Grundsatz Julians hat nur insofern noch Wert, als allerdings irgend ein übertragbares aktives oder passives Vermögensstück vorhanden sein muß, wenn eine Beerbung stattfinden soll.

Literatur.

1) Bechmann: Das ius postliminii und die lex Cornelia. Erlangen 1872.
2) Corpus iuris civilis, übersetzt von Otto, Schilling und Sintenis, Band 4. Leipzig 1832.
3) Cujacius: Opera. Tom. 1, 3, 4. Aug. Taur. et Paris. 1874.
4) Dernburg: Pandekten. 6. Aufl. Halle 1900/1.
5) A. Faber: Coniecturarum iur. civ. libri sex. Lugduni 1598.
6) A. Faber: De erroribus pragmat. et interpr. iur. tom. 1. Lugduni 1658.
7) D. Gothofredus: Corpus iuris civilis glossatum. Tom. 2, 3. Lugduni 1589.
8) Hase: Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851.
9) Meerman: Novus thesaurus. Tom. 6, 7. Hagae Comitum 1753.
10) Mühlenbruch: Fortsetzung zu Glück: Pandekten. Bd. 36, 40. Erlangen 1833, 1838.
11) Mühlenbruch: Über die Priorität des Todes. Im Archiv für Civil. Praxis. Bd. 4. Heidelberg 1821.
12) Ed. Otto: Thesaurus iur. Rom. Ed. sec. Tom. 4. Trajecti ad Rhenum 1733.
13) Pietak: Zur Lehre von der Pupillarsubstitution. Im Archiv für Civil. Praxis. Bd. 58, 59. Heidelberg 1875, 1876.
14) Vangerow: Pandekten. 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1865—1876.
15) Vering: Römisches Erbrecht. Heidelberg 1861.
16) Windscheid: Pandekten. 7. und 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1891, 1900/1.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a/S.

